

VIII. DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN\*

Arrêté fédéral du 20 décembre 2006, portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

El 1 de julio de 2007 entró en vigor en Suiza el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, y con él el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre «ley aplicable al *trust* y su reconocimiento» y las modificaciones legislativas dirigidas a permitir la operatividad de los *trusts* en territorio suizo. El *Arrêté fédéral* no tiene por objetivo consagrar un derecho suizo del *trust*, sino únicamente aportar seguridad jurídica al reconocimiento de *trusts* constituidos al amparo de una ley extranjera. Para ello, además de ratificar el texto internacional, el legislador ha modificado algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 21 y nuevo capítulo 9a –art. 149a-e) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (nuevo título 9bis –art. 284a y b).

La figura anglosajona no era una completa desconocida para la Confederación helvética. A pesar de la inexistencia de una normativa jurídica propia, los operadores económicos y jurídicos de la plaza financiera suiza trataban frecuentemente con *trusts*, constituidos en el extranjero por ciudadanos procedentes de países angloamericanos, afincados en Suiza. Cuando llegaban a los tribunales cuestiones atinentes a dichos *trusts*, venía siendo práctica habitual que éstos asimilaran la figura a un contrato o a una sociedad con el fin de determinar la ley aplicable. No obstante, la incertidumbre sobre la calificación de la figura y sobre el reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materia de *trusts* generaba inseguridad jurídica. Por ello, durante la primavera de 1999 el *Office fédéral de la justice* encargó al profesor Luc Thévenoz (Université de Genève) elaborar un informe acerca de la oportunidad de ratificar el texto internacional y, en su caso, la de modificar algunas normas de derecho interno. Se trataba de determinar si con ello se incrementaría la seguridad jurídica de los particulares y empresas, establecidos en Suiza, que mantenían relaciones jurídicas con *trustees* y la de comprobar si era posible modificar el derecho interno sin comprometer las normas imperativas del ordenamiento suizo.

A pesar de que el informe Thévenoz se mostró favorable a la ratificación del Convenio e incluso a un proyecto de regulación de la «*Treuhand*» o fiducia suiza, el gobierno helvético no tomó medidas al respecto hasta que los bancos también manifestaron la necesidad de contar con una base jurídica segura para reforzar el atractivo del país como lugar de constitución y gestión de *trusts*. En los últimos años ha aumentado significativamente, en Suiza, el número de bienes pertenecientes a *trusts*, cada vez son más los bancos que cuentan con su propio departamento de gestión de *trusts*, las sociedades que se especializan en su administración e incluso los despachos de abogados que intensifican sus actividades en este sector. Tras el desarrollo de unas primeras consultas informales durante el invierno 2003-2004, el *Département Fédéral de Justice et Police* anunció, el 20 de octubre de 2004, la apertura formal de

\* Prof. Contratada Doctor. Universidad de Cantabria.

consultas acerca de un anteproyecto de *Arrêté fédéral* que contemplaba la ratificación del Convenio de la Haya y algunas adaptaciones del derecho suizo. A dicho anteproyecto, en gran parte inspirado en el informe Thévenoz, le sucedió el Proyecto aprobado por el *Conseil Fédéral* en sesión de 2 de diciembre de 2006 y, finalmente, el *Arrêté fédéral* de 20 de diciembre de 2006, *portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*. La ley consta de cuatro artículos dedicados a ratificar el Convenio de la Haya (art. 1), modificar algunos preceptos de la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 2) y de la de derecho concursal de 11 de abril de 1889 (art. 3), y acordar el sometimiento del texto legal a referéndum (tal y como prevé en estos casos la Constitución suiza) y su entrada en vigor (art. 4).

Por lo que respecta a la ratificación del Convenio de la Haya –a cuya preparación y comentario contribuyó decisivamente el profesor suizo Alfred von Overbeck (Université de Fribourg)–, cabe destacar que Suiza, al igual que la mayoría de los países de *civil law*, no ha hecho uso de la posibilidad reconocida por el artículo 20 de extender el ámbito de aplicación del Convenio a los *trusts* de creación judicial (*constructive trusts*). «Se entiende por trusts –dice el nuevo artículo 149a de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado–, los trusts constituidos por acto jurídico en el sentido del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento». Sin embargo, el legislador suizo ha querido adelantarse al problema que generó en Italia la ratificación del Convenio sin contar antes con una normativa interna aplicable a los *trusts* vinculados exclusivamente con Italia (*trusts* internos). En este país la ratificación del Convenio suscitó una fuerte polémica entre quienes consideraban que sólo era aplicable a los *trusts* que presentaran algún elemento esencial (nacionalidad de los sujetos intervinientes, lugar de situación de los bienes...) vinculado con un ordenamiento que conoce el instituto y quienes opinaban que dicho elemento de internacionalidad podía consistir, exclusivamente, en el derecho designado como ley reguladora. Uno de los principales argumentos esgrimidos a favor de la primera postura fue la posibilidad que reconoce el artículo 13 del Convenio de no reconocer un *trust* cuyos elementos significativos estén vinculados más estrechamente con Estados que desconocen la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate.

Las autoridades suizas han renunciado expresamente a valerse de la reserva prevista en el artículo 13 del texto internacional: «el derecho elegido por dicho convenio es igualmente determinante en aquellos casos en que, de acuerdo con su artículo 5, el Convenio no es aplicable y en que, de acuerdo con su artículo 13, el estado no está obligado a reconocer un *trust*» (art.149c 2 de la ley federal de derecho internacional privado). Tan importante cuestión fue controvertida en la tramitación parlamentaria. En el *Rapport Explicatif* de 16 de septiembre de 2004, el *Office fédéral de la justice* sugirió una variante respecto de la opción que había tomado el *Conseil général*, que era la de ratificar el Convenio sin la cláusula de salvaguarda. Según dicha variante, un *trust* puramente interno debía quedar sometido exclusivamente al orden interno suizo: «se evita así que en situaciones puramente internas las disposiciones imperativas del derecho suizo se vean contorneadas por medio de la elección de un orden jurídico extranjero». El texto ofrecía criterios para determinar cuando el *trust* presenta vínculos con el extranjero en el momento de su constitución y, por lo tanto, cuando no se vería afectado por la variante-

restricción. Sin embargo, en su Mensaje de 2 de diciembre de 2005, el *Conseil fédéral* confirmó su deseo de excluir la cláusula de salvaguarda: «*el elemento determinante de la decisión ha sido que los artículos 4, 15, 16 y 18 del Convenio, junto con los artículos 17 y 18 de la ley de derecho internacional privado, ofrecen una protección suficiente contra la posibilidad de eludir el derecho suizo*». Quedaba así eliminada toda incerteza en torno a la admisibilidad, en derecho suizo, de los *trusts* internos regidos por una ley extranjera.

Por lo que concierne a las necesarias adaptaciones del derecho suizo, el legislador ha optado por insertar las modificaciones en las leyes federales de derecho internacional privado y de derecho concursal, en lugar de promulgar una norma especial. En lo que respecta a la ley federal de derecho internacional privado, con la excepción del artículo 21 que se ha modificado para determinar cuál ha de considerarse domicilio del *trust* (el designado como lugar de administración o, en su defecto, el lugar en que de hecho es administrado), las nuevas normas de derecho internacional privado se han agrupado en un nuevo capítulo 9a «Trusts», ubicado entre los dedicados al derecho de obligaciones y al derecho de sociedades. No sorprenden, en una ley de derecho internacional privado, las normas de conflicto sobre foro competente (art.149b) y derecho aplicable (art.149c), la referente al reconocimiento de sentencias extranjeras (art.149e), y ni tan siquiera la que ofrece una definición de la figura por remisión a lo previsto en el Convenio (art.149a). No olvidemos que estamos ante una institución que no cuenta con una regulación sustantiva en el foro. Las soluciones propuestas por el artículo 2 del *Arrêté fédéral* se inspiran, por otra parte, en las previstas por la Ley de derecho internacional privado en materia de sociedades y contratos y en el Convenio de Lugano sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Sin embargo, resultan más llamativas en una norma de derecho internacional privado las referencias a una cuestión de derecho material interno, como es la de la publicidad del *trust* (art.149d). El informe Thévenoz justifica esta decisión en el carácter disperso que presenta en derecho suizo la materia de registros públicos y en un afán de transparencia. En cumplimiento a la facultad concedida al *trustee* por el artículo 12 del Convenio de la Haya, la ley suiza reconoce la posibilidad de hacer mención a la existencia del *trust* con ocasión de la inscripción de los bienes a nombre del *trustee* en los registros públicos pertinentes (incluido el de propiedad intelectual). Con este fin, el *Office fédéral* encargado de los registros ha elaborado recientemente unas «líneas directrices sobre el tratamiento de las cuestiones ligadas a un *trust*». A diferencia del anteproyecto, que atribuía a la mención del *trust* carácter obligatorio, en la versión definitiva de la ley la referencia a la existencia del *trust* en el registro tiene carácter facultativo, aunque de ella depende su oponibilidad a terceros de buena fe.

Las dos nuevas disposiciones en materia de *trusts* de la ley federal concursal suiza se añaden, en un nuevo título noveno bis, tras las disposiciones particulares en materia de arrendamiento y aparcería. Su objetivo es introducir el principio de separación patrimonial de los bienes del *trust* respecto de los que integran el patrimonio personal del *trustee* y regular el procedimiento de ejecución por deudas del *trust*. La ejecución por deudas contraídas por el *trustee* e imputables al *trust* debe dirigirse contra el *trustee*, «*en calidad de representante del trust*», ante los tribunales del domicilio del *trust*. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, la ejecución de los bienes existentes en Suiza debe sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de

concurso de acreedores, quedando limitados los efectos del concurso a los bienes en *trust* (art. 284a). En caso de concurso del *trustee*, el patrimonio en *trust* queda sustraído de la masa concursal tras haber deducido las deudas que tuviera contraído dicho patrimonio frente al *trustee* (art. 284b).

A pesar de que el informe Thévenoz que inspiró el anteproyecto así lo aconsejaba, el legislador suizo no ha aprovechado la ratificación del Convenio de la Haya para regular la «*Treuhand*» o fiducia suiza. Esta figura surgida de la práctica negocial y reconocida jurisprudencialmente ha sido regulada en determinados ámbitos (fondos de inversión, gestión de derechos de autor), pero dichas normativas, además de sectoriales, presentan importantes insuficiencias que han sido resaltadas por la doctrina suiza. Con todo, el legislador ha temido que el proyecto de una regulación general de la fiducia pudiera ralentizar en exceso la ratificación del Convenio por lo que ha optado por no tratar dicha cuestión en el *Arrêté fédéral*. De la misma forma, la ley suiza tampoco aborda el tratamiento fiscal de los *trusts*. Esta materia, excluida por el propio Convenio de su ámbito de aplicación, ha sido objeto de una circular de 22 de agosto de 2007 en la que la Confederación fiscal suiza intenta armonizar las prácticas seguidas por las autoridades federales y cantonales al respecto. La circular adopta medidas rigurosas para aquellos casos en que el constituyente o los beneficiarios residen en la confederación helvética, introduciendo con ello importantes cambios respecto del tratamiento que se venía dispensando a la figura en algunos cantones.

En definitiva, a pesar de que el texto admite la posibilidad de que ciudadanos suizos utilicen la figura al amparo de una ley extranjera, el tratamiento fiscal poco ventajoso dispensado por la circular, en estos casos, hace que resulte poco verosímil la difusión del *trust interno*. Es más factible que la figura siga utilizándose principalmente por la clientela internacional de la plaza financiera suiza. Ante la urgencia con la que las autoridades suizas se plantearon la ratificación del Convenio, por ver en ello un incremento de la seguridad de las transacciones concernientes a bienes en *trust* y con ello un mayor atractivo del país en lo concerniente a este tipo de operaciones, probablemente lo más prudente haya sido disociar la ratificación del Convenio de la preparación de un proyecto de ley interna. De lo contrario, la ratificación del texto internacional podría haber supuesto tener que aprobar una regulación de mínimos, restrictiva y a toda luz insuficiente. El legislador suizo ha optado por satisfacer la necesidad que ha considerado más apremiante. Esperemos que el conocimiento que tienen de la figura los operadores jurídicos de ese país y el grado de especialización que de ellos se espera sea suficiente para resolver los múltiples problemas que pueden surgir, en un país de *civil law*, ante la ausencia de una normativa específica de derecho material.